读史札记

从蒙古法看清代法律多元性

[法] 康斯坦 (Frederic Constant)

法律多元性研究目前在西方法学界越来越受到关注。这些学者的研究工作揭露了土著社会群体在国家所发布的法律外展开的保持法律自治权的策略①。法律多元论是否适合描述清朝法制?这是一个值得讨论的问题,尤其当我们谈到对边疆民族法的时候②。事实是清朝扩大了国家的版图并巩固了对一些少数民族的统治。政府,要给具有各种各样法律传统的臣民颁布法律,不是通过直接强迫的方式让他们接受中华法系的原则,而是试图顾及到各民族的法律特征并将他们的法律原则收纳在王朝的法典里。朝廷这种方式可以追根到王朝对民族关系的政策。满族统治者没有像前朝代把汉族放在中心而强调皇族和五大民族—满、汉、维、蒙、藏—的直接关系③。

在这个框架中,蒙古族占一个特别的位置。随着后金加强对漠南蒙古诸部落的统治,满洲大汗开始设立一种专门针对蒙古人的法律制度。当时,想推翻明朝的后金只能依靠蒙古士兵的协助。但是满洲人清楚,不控制蒙古人的自然分离倾向也会导致政治局面的混乱。后金最需要的是一个固定的盟友,可以按照需求提供所有军队的盟友。如果后金只用镇压的政策只能引起蒙古人的反抗,他们唯一的方法在于寻找在这两个极端的方法中间一个既能够约束蒙古人又保持蒙古人自主力的政策。除编在蒙古八旗里而具有旗人的身份和待遇的蒙古人外,所谓外藩蒙古就是享受有限政治自主权和特别法律制度的蒙古人。至17世纪中叶,后金的主要目的是建立与蒙古贵族针对明朝和察哈尔蒙古有持续性和巩固性的军事盟约。据当时的资料,满洲宣誓保证保留对已归附的蒙古贵族的社会地位,同时也要求蒙古人遵守王朝所建立的法律制度。据《满文老档》所记载的实例,1931年和1632年皇太极派的大臣和蒙古贵族制定了一些针对蒙古的法律措施。到19世纪,这些零散条例已经发展为比较完整的法律制度而且编成《大清律例》外的专用法典即《蒙古律例》及《理藩院则例》。尽管朝廷一直试图遵从承诺并编制了蒙古人专用的法典,但是清代蒙古法的演变和汉化是一个明显的、不可否定的现象。

分析一种法律制度的本质的时候,据约翰·格里夫斯(John Griffiths)教授,我们最好要分别清楚两种情况:第一,国家法制允许对各民族不同的法律规定;第二,社会群体同时受到一个以上不同法律制度的约束,其中应该有一个不是国家颁布的法律规定④。让·卡尔波尼埃(Jean Carbonnier)教授觉得法律多元呈现在不同法官对同一条律例不同的解释,这违背了法律的均一性⑤。他所提供的定义强调研究法律的实践性。

如果我们要用这种方法来具体分析清代蒙古立法,我们先会评论它的多元性是否真实,然后我们也可以考虑到蒙古传统法在清朝政府的渠道外是否有存在的可能性。

[收稿日期] 2008-3-20

[作者简介] 康斯坦(Frederic Constant, 1977—),法国巴黎大学(第十一大)法律系博士、律师

谈到清代蒙古传统法的演变、汉化和剩下的专有范围，我们会先提及中华法系和蒙古法系即游牧法系两者具有的特征和他们彼此的差别 (I)。然后我们会通过一些刑名分析清代蒙古立法本质的演变 (II)。之后，我们会讨论清代对蒙古的刑法政策和传统蒙古法的自理空间 (III)。

一、中华法系和蒙古法系的特征和差别

清朝的主要法源是国家法典即《大清律例》。《大清律例》可以被认为是中国传统法在几千年发展中的最后一个阶段。它继承了明朝所颁布的《大明律》的大体结构和律文。苏亦工认为："律是秦汉以来历代王朝最正统、最持久、也最稳定的法源"[⑥]。事实上明律大体上继承了唐律，而清律脱胎于明律。然而，条例的作用在于补充和辅助律典。朝廷可以以例的灵活性补充律文的不足，使法律适合社会的变动。只不过在拟定增添条例的过程中，应该注意条例是否符合律文的意义和代代流传的中华法系的基本原则。

我们可以以两个概念归纳中华法系的本质："儒家思想"和"刑事法规精神"。儒家思想塑造了中国传统刑法是中华法系的主要特点。自汉朝以来，儒家主张的"德治"、"礼治"、"仁政"等等原则逐渐影响并主导了立法者的具体工作。清代法律也不例外，《大清律例》里面的许多条款，如"不孝"、"存留养亲"、"子孙违反教令"等等都是从儒家思想来的。我们所提及的"刑事法规精神"是指以刑为主的法律制度。法学家通常以刑在法制里的作用作为划分两种不同制度的标准。如此，刑事法规制度就是以刑罚为中心，主要依靠刑罚保持社会秩序的平衡。刑罚是根据犯人所犯下罪行而相应给出惩罚。法院以君主的名义宣告的刑罚显示整个社会对犯罪行为的斥责和反应。刑法的主要作用在于集体地震慑潜在的犯人、预防再犯现象和保护社会治安。在西方国家法制史上，罗马帝国和中世纪王国用刑罚比较多。

刑的妥当问题占在中国法律思想史里一个很大的位置，也引起了很多争论。据传统说法，刑是黄帝时为苗族人所发明，夏禹时，因有乱政，才被汉人用。周时期，统治者鉴于商亡的教训提出了"明德慎罚"等思想。明德就是注重人民教化而反对单一靠刑罚的威慑作用治理社会。到了战国时期，在思想活跃的生动局面下，对待刑和德的态度也占了思想争论空间的一个很重要位置。从西汉开始，在董仲舒的倡导下，统治者开始推行"德主刑辅"政策，即在治理国家时"开始由单纯强调刑罚镇压的一手，发展成为德礼教化与刑罚惩治相结合的两手"[⑦]。在中国法制史上对后朝代影响甚大的唐朝，也发展了礼法并用的法律思想。随后的朝代也提出类似的思想结论。然而事实上，在法律实践中，刑并没有次于德而统治者实行的是"内法外儒"，即：德刑之用没有先后，历史背景决定彼此的相对位置。清朝时，朝廷也推行"以德化民，以刑弼教"[⑧]政策，并且同时也强调刑罚对社会稳定起到甚大的作用[⑨]。康熙帝云：

> 国家设立法制，原以禁暴止奸，安全良善，故律例繁简，因时制宜，总期合于古帝王钦恤民命之意。向因人心滋伪、轻视法网，及强暴之徒，凌虐小民，故于定律之外，复严设条例，俾其畏而知儆，免罹刑辟[⑩]。

中国法学者强调刑罚的教育性作用，即"明于五刑，以弼五教"[11]。清朝皇帝也相信，刑罚的示范能力是为了教育老百姓遵守社会制度。比如上谕云：

> 训饬愚民斗狠之习。谕直省督抚。朕览法司本章，各省命案，大率斗殴居多，甚至有挟持凶器、互相杀伤者。小民愚昧无知，不忍| 朝之忿，遂致罹于重辟。后虽追悔，亦已无及，深可悯恻。夫贪生恶死，人之常情。即在愚民，亦断无不爱惜身命之理。总因平日不知法律，而地方有司又不能时时化导，动其从善去恶之天良，申以触法抵令之宪典。无怪乎编氓之日蹈法网而不能止也。嗣后直省督抚、督率有司，必多方宣谕，实力劝勉，务使闾阎咸知法纪，顾惜身家，以远于罪戾。则教化行而刑罚可省矣[12]。

刑罚应该有一定的严酷性才能起到教育老百姓的作用。刑罚所导致的痛苦会使人民打消犯罪的念头。虽然自汉代以后，统治者开始考虑到免除肉刑对治理国家的损益，将徒刑替代肉刑，直到清末实行新政改革才彻底废除了几千年实行的酷刑。清代中叶乾隆皇帝也觉得严厉实行法律才会有劝阻犯罪的作用："若不迅速痛惩，何以警奸徒而禁凶暴?"[13]

诉讼的运行也体现了刑罚的重要性。司法上地方官的主要任务是指定案例里妥当的刑名。属于法官居主导地位制度（英：Inquisitorial system）的中国古代诉讼法导致被惩罚的犯罪者和地方官之间有距离。所告发的事情需要官府受理的批示，地方官也完全掌握程序的进行和诉讼的管辖，当事人并不能参与诉讼的过程。

蒙古传统法制建立在其他原则上。尽管十四世纪明朝反对元朝而推动"革除胡俗"，"禁止垢俗"，导致明初对蒙古传统刑法的成见一直流传，但蒙古传统刑法既不缺乏和谐又不背离人伦而坚持一定的原则，如注重生命，宁愿用赔偿代价而不用刑。在成吉思汗变法活动的十二世纪之前，蒙古法建于复仇制度的基础上。复仇制度体现了当时蒙古社会的同阶层家族之间平等复仇的思想，与之对应的还有平等交换的合作方式（如联姻）。成吉思汗为了巩固自己的权力，重新整顿了蒙古社会结构，改变了原有部落组织，建立了千户制，即军政合一的一种制度[14]。1206 年，蒙古帝国建国时，成吉思汗颁布了蒙古史上的第一部法典，《大札撒》（蒙 ：yekeǰasaγ）。《大札撒》的很多条例与军法有关，死刑也是当时一个比较普遍的惩罚方式。

到成吉思汗的孙子一代时，蒙古帝国已经分为几个王国。他的孙子之一忽必烈，继承了蒙哥可汗位（1260），1271 定国号为大元，1279 灭亡了南宋。其他蒙古往西发展起来的王国融合了他们所统治的民族。而在元朝的时候，蒙古法尽管受到了中华法系的影响，但还是保持了与其原有法律传统紧密的关系。这样中华法系与蒙古法系之间的交融形成了一种既脱胎于中国传统法又受蒙古法思想的影响的法律制度[15]。元法的双重性先突出体现在刑罚上。当时的刑法虽然用的是五刑，但是执法者在实施刑罚的过程中还是对受罚者有所宽容。譬如，狱政的人道化和前代所没有的对刑罚的减免[16]。当时法律的第二个特点在于蒙古人所实行的赔偿和所考虑的被害者遭受的损失与中国传统法实行的刑法的一些矛盾。我们可以在这里提到两种制度。第一，"烧埋银"，据《元史·刑法志》："诸杀人者死，仍于家属征烧埋银五十两给苦主"，即由犯罪家属支付给被害者家属的葬埋费用。第二是，刑罚以外，犯罪人所给被害者支付的赔偿金额。主要方式有"倍"与"赔九"（蒙：yisü），第二个方式是由牲畜作为赔偿单位。如奥班（Aubin）夫人强调说，当时的赔偿金额已经不像从前或日耳曼族法用的 Wergeld（即生命代价或赎金）而是刑罚之补充。元法随着以前复仇制度的赔偿性罚款法律工具的转变而转变。赔偿性罚款在后来的蒙古法制普遍化了[17]。1368 年，元朝被农民起义推翻以后，元惠宗迁都应昌，企图恢复元朝的统治，形成了与明朝对峙的局面。然而，在蒙古内部，逐渐展开了相继不断的汗权斗争。在主权分裂的局面下，一些贵族酝酿了恢复帝国的野心。其中一些君主颁布了法典如《阿勒坦汗法典》、《桦皮法典》或《卫拉特法典》等。藏传佛教的流传也影响了蒙古法的特质，使它在对触犯财物或喇嘛阶层的利益时惩罚变得更严酷。据我们所了解，当时法律的主要原则与元朝所推动的转变一脉相承。罚九变成最常见的刑罚方式，除了实行肉刑之外，罚九的一个部分不用于赔偿被害者而直接交付君主和他所派的使臣[18]。

蒙古诉讼法以控诉引起诉讼原则为中心（adversarial sytem）与中华法系诉讼法差别很大。诉讼里扮演的主要角色是当事人和被告人，其程序是口头的[19]。审判的结论决定于当事人双方给法官提供的证据，如佐证、宣誓、物证，哪一面对法官最有说服力。

二、蒙古刑法本质的演变

入关前清朝蒙古法散见于一些次要资料，我们所能见的有太祖、太宗实录里法令的记

载。满文老档里也有法令的蒙文记载。但是这些资料都是编年书的记载而不是像法典里有法律效力的文件。这些资料是我们了解当时法律的唯一的一些依据。据魏弥贤（Michael Weiers）的研究成果，满文老档1631年和1632年蒙文记载，与十六世纪颁布的《桦皮法典》具有很多相似之处[20]。1633年皇帝所颁布的法令汇编于《盛京定例》。这部法典现在已经不存在了[21]。资料还提到1643年的法典但是这个版本也遗失了[22]。其框架应该与《盛京定例》的相似[23]。当时的法律，虽然可以确认为蒙古传统法的继承者，但是在满洲政府的强制下，也开始吸收外来的成分。满洲与蒙古之间法律关系的演变随着两者之间的实力对比而变化。据多罗西娅·霍伊舍尔特（Dorothea Heuschert）研究，《桦皮法典》和《卫拉特法典》是蒙古贵族大会时编写的。他们商议约定束缚彼此的义务、实行义务的措施[24]。参加议会者的名字写在法典的序言里。1631年法令的形式也一样，但是1632年的法令有所改变了：不是满洲大汗本人的名字而是他使臣的名字写下来。从1632年开始，法律已经不是通过满洲大汗与蒙古贵族之间的个人关系所制定，而是借助于使臣给蒙古颁布的。当时，颁布法律逐渐开始变成大汗显示权力的行为。据内容而言，二十年代的法律主要围绕了军事范围，而从三十年代开始则比较关注刑法与民法问题。

顺、康时期，朝廷编了两部法典即1667与1695年的《蒙古律书》。这两部法典相当于入关前法令的延续。他们的主要目的在于收集零散的法令而给蒙古贵族通知现行法律与提供便利[25]。这两部法典的框架与十七世纪之前蒙古法典相似，条款一一列出，并无章节分类。两部法典内容和框架相同，1695年法典的增减证明立法思维的变化[26]。1695年的《蒙古律书》也给我们提供了关于十七世纪末法律制定程序的不少信息。通常，1695年《蒙古律书》里的新条之前，写着“tüsimel man－u qelelčegsen anu”，即“臣等議得”、“臣等議定”的意思。“議得”在清代的大臣上报皇帝的题本文书中，是表示领起叙述具题者的看法和意见的专用术语[27]。“kemen ayiladqaqu”（即“题准”）或“egüride qauli bolγay－a kemen ayiladqaǰu toγtaγaǰuqui”（即“永著为例”）的意思，用来指被皇帝批准的奏折。最后一种法源就是皇帝新下的谕令，标为‘ǰarlaγ baγulaγaγsan”。凭这些信息，我们可以推测蒙古贵族已经不参与对蒙古人实行的法律的制定，然而我们难以断定当时理藩院在制定法律时所起到的具体作用。不过，实录的一段记载证明一条法律可以通过理藩院的审判形成[28]。

> 理藩院题，盗马罪犯阿毕大等五人，应立决，家产妻子，请给失马之人。上曰：朕念人命关系重大，每于无可宽贷之中，示以法外得生之路。书所谓“罪疑惟轻”也。阿毕大等家产妻子，既给失马之人，若本犯免死、给与为奴，则失马者得人役使，于法未为不当。嗣后著为定例。

当时法律制定的程序从满蒙合作的形式，变成完全被清朝政府控制的局面。针对蒙古立法的制定逐渐采用清朝普通法修改的两个主要工具：第一，皇帝的谕旨，第二，条例。

据实录的记载，此后的一部法典《蒙古律例》（蒙：čaγaǰan－u bičig）于乾隆六年十二月告竣[29]。这部法典的框架有别于十七世纪之前的法典，其内容更为系统化，此法典分为十二门，其中人命、首告、杂犯等等在《大清律例》里可以得见。《蒙古律例》随着乾隆朝初年修律活动而编纂。乾隆即位后修订律例，五年颁行命名曰《大清律例》。乾隆十二年，又下令修订会典，典与例分编，《乾隆会典》之外还编了《会典则例》。乾隆五十四年（1789）再次系统编纂。对在蒙古发生的案件，理藩院具有皇帝之下最高的审判权力。据《大清律例》，官员如果在处理案件的过程中发现法典里没有符合的罪名，可以“引律比附”，但仍要“议定奏闻”。被批准的案例拥有一定的法律效力，皇帝同时也经常提到“通行著为定例”或“嗣後均照办理”字样。《蒙古律例》的大多数条例或是皇帝下的谕令或是被皇帝批准的奏折。譬如，

> 谕据伍弥乌逊奏称：审明盗窃商民骆驼二只之贼犯定拟发遣等语。贼犯巴拜著

照所请解部指定地方发遣，札萨克巴噶图尔著罚牲畜一支。至称将所罚牲畜赏给出力人员不过虚文，理宜赏给拿获贼犯人员以示鼓励。嗣后如遇此等事件，照此办理。[30]

这点证明当时蒙古法的制定与内地法很相似。从《理藩院则例》编纂开始，清政府对蒙古立法的修改逐渐规范化与定时化。这次的修改目的是仿照理藩院之外各个衙门则例的修改模式。据理藩院大臣奏：

窃臣院於嘉庆十六年四月十八日经前任管理院务大学士庆桂等，请照六部各衙门之例，勒限三年，开馆纂办则例等因，奏旨依议，钦此。钦遵在案[31]。

从康熙朝起，各部陆续编纂本衙门则例，则例必五年一小修，十年一大修。理藩院对本院如此进行修改也表明清朝对蒙古立法的规范化。其制定程序证明当时蒙古法的演变趋向被满汉官员政府，尤其是中央机构即理藩院和刑部官员控制。然而，这些官员的法律文化来源于中华法系，他们主要利用《大清律例》所提供的法律办法来补充《蒙古律例》的不足。我们现在要通过一些例子分析蒙古法转变的几个突出现象。首先，我们要关注具体法律的一些刑名的变化，然后再研究程序法的转变。

清朝蒙古刑法主要围绕着侵犯人命与财产。在传统蒙古刑法里，法官指定杀人犯罪的惩罚与赔偿时不将动机考虑在内。然而，《大清律例》里，在判定杀手的法律责任时，除了依据杀人与被害者之间的亲属或社会上关系之外，还要考虑其作案动机。《大清律例》主要分别“故杀”、“谋杀”、“过失杀”、“戏杀”、“误杀”、“斗杀”等等六个罪名。十七世纪之前蒙古法典里也有关于杀人、伤人动机的记录。譬如，《阿勒坦汗法典》里，“失火致人死亡者，罚牲畜三九，并以一人或一驼顶替”而“因报复出恶意纵火者，杖一，罚牲畜九九”[32]。另一条提到“误伤”这个刑名：“误伤人命者，以人、骆驼、马、衣服等顶替”[33]。《桦皮法典》里，故杀者与误杀者的惩罚不一样。据《猴年大法》第29条，误杀人者，罚一百五十头牲畜（蒙“kedün endegü tasiyan－du kümün ükübesüǰaγun tabin anǰu”）而故杀人者罚三百三十头（《猴年大法》第23条）。1667年《蒙古律书》中，杀伤人者的动机被更广泛地考虑在内。第70、75、89条都提到“jorimaγ－iyar alabasu”——即故杀的意思。第74条的“sanaγ－a bar albasu”也有同一个意思。1675年有一个谕令是用以分别故意和误杀妻子的——惩罚杀其妻者：“若夫故杀其妻，则还处绞等语。至于误杀，官员、平人与其妻吵架及至斗殴误伤，罚夫三九给妻家”[34]。第91条也惩罚过失杀人。

有时候，虽然清代蒙古法的刑名与以前蒙古法一样，然而意义不一样。比如，第42条治理“因戏过失杀人”罪名（蒙：naγadun－a ča ulam endeküreǰü kümün ükübesü）。其它蒙古法典曾经有过类似罪名。比如《卫拉特法典》第36条“在游戏或格斗时，因过失负伤以致后来死亡的话，当时在场的人，都应罚马一匹”[35]。《阿勒坦汗法典》里“嬉戏中致死，致断齿，致失去性功能，按［参与嬉戏的］人数罚马”[36]。《蒙古律书》里的惩罚也同样的，康熙前罚一九，康熙后罚三九。《蒙古律例》相承于此，但是到1845年，条例发生改变：《理藩院则例》的第607条曰：“凡蒙古戏杀过失杀伤人，俱查照刑例分别定拟”。除了实行的刑罚的变化，据《大清律例》“凡因戏而杀伤人，绞监候”之外，罪名性质也有所改变。事实上，《蒙古律书》第42条提到naγadun一个词，即游戏的意思，但是在蒙古社会里也特指传统游戏，如搏击、射箭、赛马等等。它的词根与蒙古传统节日naγadum一样。《大清律例》里的戏杀含义不一样，随着中华法系的发展，它的意思被固定下来。据沈之奇所言，“戏杀，晋人谓之两和相害。言知其足以相害，而两人情愿和同以为之，故註曰：以堪杀人之事相戏，如比较拳棒之类。是明许彼此搏击，以角胜负，则有所杀伤，非出于不意如过失之事，原出于有心如斗殴之情也，故照殴杀伤论”[37]。蒙古法更客观地分析“戏杀”（参与游戏），而中华法系更追求主观意愿对冒险的接受。

侵犯财产，尤其是刑名、罪名占在蒙古传统法里一个很大的比重，甚至可以说相当于当时蒙古刑法的轴心成分。清代蒙古刑法也不例

外。然而与人命相比而言，偷窃等刑名的汉化过程更为明显。我们先要关注清代侵犯财产等罪名的转变。在《蒙古律书》里与偷窃有关的几个刑名，以前蒙古法典都有但是刑罚不一样。《阿勒坦汗法典》，最详细，编制了被偷盗财产金额与刑罚对应的清单，即开列以物件的贵重程度、罚金的额度。清代之前，蒙古法对偷窃什物的主要惩罚是罚金，但偶尔也会施以肉刑。惩罚偷窃行为用肉刑最多的法典是《桦皮法典》，如对抢劫施行死刑[38]。继《桦皮法典》之后，《蒙古律书》也提及一些曾经没有过的刑名。如此，第 80 条提到“纠众伙窃”、“首犯”、“从犯”等等；第 73 条提到的“抢劫”在前代蒙古法典少见的字样。除此之外，《蒙古律书》与十七世纪前的法典很相似。1766 年中文版的《蒙古律例》卷 6《盗贼》，一共有 29 条。罪名和刑罚方面已经有了很大的改变。编在法典里的谕旨都实行针对蒙古的新设计刑罚级别，即由中华法系五刑形成和变通而来。偷盗行为已经不被看作当事人双方的经济关系问题而被认为是要严厉处罚的对社会有害的行为。这类转变已经从十七世纪末开始呈现。比如 1695 年《蒙古律书》，治理公开抢劫物件的第 73 条修定了 1667 年《蒙古律书》第 71 条。这次修改的原因是因为条例“未分罪之轻重”。如果犯罪身份是官员或平人，新条例将犯罪行为的严重程度，如杀未杀人、首主谋或从等等考虑在内。在《蒙古律书》已经开始雏形的转变在《蒙古律例》里被进一步发展起来。在蒙古，对偷盗新实行的镇压政策是延用了中华法系的法律定义。其中以偷盗的加重罪行情节作为其轴心。《蒙古律书》里指定偷窃行为的字样不多。由 qulaγa 词根派生的词最多，形成名词 qulaγaiči（贼）或动词 qulaγa -（偷盗）。另外一个常用的词是 buliyaqu 即抢劫之意。一般说，蒙古传统刑法里偷窃定义很少。相反，中华法系的定义丰富多彩，使统治者便于按行为轻重程度惩罚犯罪人。其刑法政策的结构建立在通过犯罪行为的客观与主观分析（如动机、是否有暴力行为的存在、赃物价值等等）基础上加以量刑。其相当于加重罪刑情节的分析工作即从最简单的刑名“偷”出发考虑，按其它行为的轻重，刑罚随之加减。在《大清律例》里面有几个指偷盗类似罪名，比如窃盗即“乘人所不知而暗取之”[39]；白昼抢夺即“公行白昼，不畏人知，有类于强盗”[40]；据《大清律例》的小注：“若人少而无凶器，抢夺也。人多而有凶器，强劫也”。

蒙古刑法的变化都随这些刑名而发展。乾隆二十七年（1763）一些谕令[41]开始将惩罚强劫的制度迁移到蒙古法。最严重刑名即强劫杀人的刑罚是蒙古法从来没有过而《大清律例》实行的枭首示众。在十八世纪中叶，只是一部分中国传统刑法普遍用的工具才转移到蒙古法。因此《蒙古律例》里没有对偷盗未遂行为惩罚。偷窃大牲畜的处理方式也受到了影响。据 1695 年发布的《蒙古律书》第 80 条，“凡偷窃四项牲畜者，若为一人，不分主奴处绞，若为二人，将一人处死；若为三人，将二人处死；纠众伙窃，处死为首二人，余者为从各鞭一百”。当时刑罚决定于参与者数目而没有更具体的标准判断行为的轻重。编入《蒙古律例》里第 78 条的乾隆二十四年谕旨完全改变了对偷盗牲畜罪行惩罚的基本原则。现行的新治理原则是依照被偷牲畜的多寡为标准实行惩罚。同时也开始在蒙古实行一种新的惩罚方式即向中国内地发遣，相当于中华法系中的流刑。其在清代蒙古法里分为几级，从发遣往河南、山东省甚至于往云南、贵州、广东、广西等烟瘴之地。当时，朝廷解释法律的变化说：这是因为“今蒙古例内偷畜寡少之贼拟以绞监候过数年仍减等放出定例并无分轻重”。但是皇帝不是因为刑罚过重而想改变法律，而是因为他想实施的现行法律并不能达到清除偷盗行为的目的：“嗣后此等贼匪内若偷畜较多情节可恶者，当时即入情实，倘偷畜寡少、情有可原者，不若即视其偷畜多少以为远近分别发遣内地，庶蒙古野地可以清肃，行窃之人亦知敬畏”[42]。这样一个改变也使朝廷移植更多的法律制度，如造意者、加工者等等。统治者陷入了为了保持法律制度的协调而不断改变的循环升级中。我们通过 1766 年《蒙古律例》阅读已经可以看到蒙古法的转变趋势，从十八世纪下半叶这种转变甚至加速了。《理藩院则例》也就继续了这番改革的过程，但

是到了道光年间进行的修改没有像以前那么多[43]。

在检视编入《蒙古律例》或记在实录中的奏折时，我们也可以感觉到官员们的实用主义。由于最初他们将中华法系的一些制度直接加入传统蒙古法，导致的后果是当发现了立法的不完整就只能推荐、使用《大清律例》里面的工具。我们可以通过嘉庆年间《蒙古律例》里一个为热河都统所写的奏折的阅读了解一下这个现象。据 1766年《蒙古律例》里第 78条“官员平人或一二人伙众强劫什物杀人者，不分首从，俱即处斩枭首示众。强劫伤人得财者，不分首从，皆即处斩等语”。而乾隆四十七年，刑例有所改变了。之后，官员这样评价《蒙古律例》

> 刑例与蒙古例本无二致，是引用蒙古例自应参观刑例方免畸重畸轻。今各州县审理蒙民交涉强劫杀人伤人之案，每因拘泥例内不分首从之文，往往将随同上盗并未帮同下手之犯|律拟斩，殊不足以昭情法之平，应请将蒙古例内强劫杀人伤人之条，仿照乾隆四十一年部议……

通过这个例子我们可以看到当时《大清律例》已经被看作《蒙古律例》的标准。

我们最后想提到的法律制度——累犯，这也是中华法系中的一个重要制度而蒙古传统法所没有的[44]。其存在也表明法律本质的转变。在法制史上，再犯惩罚加重的精神在于犯罪人害怕惩罚而会改悔的思想即怯法悔罪的前提下实行。至于三犯时，犯罪人被认为已经不能救药的惯犯而被判淘汰性惩罚，如发遣或死刑。将累犯考虑在内的另一前提是有效的犯罪行为记录的存在。中国传统刑法实行两个与现代累犯相似的制度。从唐朝开始，累犯制度固定下来了，明清对再犯、累犯的规定基本相同与唐律。唐律对累犯的定义大致可以表达为：已被揭发、控告或已被判处发配，又犯应处笞刑以上的犯罪者[45]。累犯指三次以上犯盗罪。对再犯与累犯，一般实行的是“限制加重”。朝廷从《大清律例》汲取一些制度改变蒙古法对累犯的惩罚。《理藩院则例》卷 38，第 642条对再犯、三犯依照《大清律例》第 26条科断，即实行“一主为重，从一科断，毋庸合计拟罪”原则。

偷窃是《蒙古律例》里受到中国法律影响最深的刑名。与人命比起来，朝廷不仅仅是整理了一些条例，而且几乎用一个法律制度替代另一法律制度。两者的差别，由于十七世纪法典形成了对偷盗罪比较系统的实体法、程序法混在一起的法律制度，而显得更加明显。在围绕偷窃罪分析改变最多之处之前，我们先要看程序法的转变。

我们已经提到了，中国古代法律偏向法官居主导地位制度（Inquisitorial system）而传统蒙古法接近以控诉引起诉讼原则为中心制度（adversarial system）。诉讼法的本质直接影响当事人、被告人与法官之间的关系，后者对法律真相追求的作用也影响接受的证物与刑罚。诉讼使用的程序法给我们提供了解整个法律制度原则的关键点。然而事实上，并没有完全符合理论模仿的制度。关键问题在于判定是否离那个模仿的制度更近。这两个制度的原则是不可调和的，因此想将蒙古法制纳入在帝国制度里的朝廷必须逐渐使蒙古程序法适应中国司法制度的基本原则。

据《蒙古律书》的记载，札萨克扮演着司法程序的主要角色。第 48条禁止两造私议，而仔细安排由札萨克为中心的当时实行的诉讼程序：“由伊旗札萨克贝勒遣使至罪人所属札萨克贝勒处会议”。从第 95条组织漠南札萨克之间的会审制度，我们同时也可以看到当时蒙古诉讼的集体性质。同样的集体审判的实例从太宗实录看到在入关前满族社会中实施。萧大亨在描述明时期蒙古习惯时也提到共同审判制度。当时立法的主要趋向即将审判权力集中于札萨克的手里，可以被看作蒙古诉讼法的标准化。进一步的趋向在于札萨克所宣告的判决被中央与地方管理机构监督的加强。在入关前，蒙古贵族所宣告的重要判决要通过皇帝的批准才会有法律效力。乾隆年间，这项制度已经被加强了，在札萨克判决以后，如果当事人对判决结果不满意，他可以继续向上级行政机构即盟长上诉。这种可以继续上诉的可能性，实现了对司法判决的监督，这表明当时司法判决的关键问题不光在于调解原告被告之间的矛盾纠纷，还在于维持公共秩序和行政正常运

行。

为了更有力地监督蒙古的司法机构，清朝实行了中国传统的“逐级审转复核制”。郑秦教授对“审转”做了这样的分析和解释：“徒刑以上（含徒刑）案件在州县初审后，详报上一审级复核。每一级都将不属于自己权限的案件主动上报，层层审转，直至有权作出判决的审级批准后才终审。这样，徒刑至督抚，流刑至刑部，死刑最后直至皇帝。可以叫做‘逐级审转复核制’”[46]。这个制度在蒙古也逐渐实行了。清初朝廷对重大案件派遣蒙古衙门大臣与外藩蒙古贵族会审，对外藩各部之间案件由皇帝判决。《蒙古律书》规定：“外藩蒙古为在彼未审结之案而来，不得擅自上奏，具文案件情由，告于理藩院”[47]。我们可以从《理藩院则例》和《大清会典》的条例看到理藩院对蒙古案件的司法权限和蒙古案件审转的原则。《嘉庆大清会典》规定：“不决则报于盟：蒙古之讼扎萨克不能决者令报盟长公同审讯，或扎萨克判断不公亦准两造赴盟长呈诉”，又“不决则报于院：扎萨克盟长俱不能决者即将全案遣送赴院。其或扎萨克盟长均判断不公，亦准两造赴院呈诉”[48]。《理藩院则例》规定：对死罪人犯由盟长核转报理藩院会同刑部、大理寺、都察院定拟罪刑[49]。监候案件于秋审复核。总而言之，理藩院对发遣案件有终审权，对死罪同刑部拟罪。蒙古地区像中国其它地方一样，司法终审权为中央机关所掌握。除此之外，内外蒙古案件汇集呈交于驻扎蒙古将军，再由他们复合咨呈理藩院和奏皇帝，驻蒙古理藩院司员涉及蒙古一些案件[50]，同样蒙古毗连省的官员对一些蒙古案件尤其是蒙古、民人交涉案件有自己的司法权限[51]。这样一来中央机关或朝廷派遣的地方官员完全控制了蒙古最重要案件的处理。

法庭所接受的证据的演变也能表明中华法系对蒙古法的影响。在以控诉引起诉讼原则为中心制度的理论模式上，证物是为原告人所提供，法官只能断定其恪守理性。譬如，在古日耳曼里，主要证据是誓言，推翻誓言者可以提出神意裁判。反之，在法官居主导地位制度里，证据的追求掌握在法官的手里。所以法官掌握一些调查权力使他能够寻找真相。在中华法系的司法实践里，主要取证方法之一是检验，即现场勘查及尸伤检验制度。尸体检验是审理人命案件最重要的证据来源[52]。除此之外，法官最看重的证据是嫌疑犯的认罪，必须要经刑讯使嫌疑犯人认罪后才能定罪。比如《大清律例》第 396条曰：“强窃盗、人命及情罪重大案件正犯，及干连有罪人犯，或证据已明，再三详究不吐事情，或先已招认明白、后竟改供者，准夹讯外，其别项小事概不许滥用夹棍”。

在蒙古传统法里，证据的提供由原被告双方承担。主要证据是物证，但是如果原告人无法给他提供，他也可以接受另类证据如证言或誓言。与其相似的日耳曼法律系里，被告人总是有用誓言反对诉状的权力。誓言一般由被告者与陪同他一起宣誓的。这些陪同他的人不是对行为的真实表示认识，而是表示对被告的信任。宣誓是要上天对自己的言语作证的一种仪式。假誓言可以导致上天的惩罚。在日耳曼的司法实践里，面对诉状清楚的原告也可以在其之后发誓。但是现在具有两个互相矛盾的誓言，其中必然有至少一个是假的。一般法官命令两造参加神意裁判决定哪一面宣了假誓。

清朝蒙古法典里一些条例提到誓言并不表明当时法律保留了以前宣誓制度的精神。我们先必须解释清朝时蒙古法对证据作用的理解，才会明白这些蒙古法制度在清朝蒙古社会里的实际地位。据我们所了解，清朝前的蒙古诉讼法已经实行司法询问。譬如，《卫拉特法典》里，盗贼的足迹可以追踪一个爱玛克的入口处时但是不能断定是哪家的，宰桑要作适当调查[53]。但是当时调查的作用还是边缘的。《蒙古律书》第 52条也提到调查：如平人背地毁谤贵族，要先质讯问明。总的来说，清初的蒙古诉讼法里，证据主要在原被告双方的手里。据第 24条，“搜赃须带佐证”，即表明原告可以搜查证据如物证或证言。证言也是蒙古传统法的一种很重要工具，如《卫拉特法典》所言：“不管是否起诉，如无充分证词，其诉讼费用应由原告负担”[54]或《桦皮法典》里赏给证人一九牲畜[55]。《蒙古律书》也在几条条例里制定证人收罚款[56]。我们也可以提到《蒙古律书》里也有“跟踪盗贼足迹”接受做提供

证据的手段[57]。《卫拉特法典》里也有相似的制度[58]。司法宣誓（蒙：siqa－或 siqaɣa（n））在《蒙古律书》里占据一个中心的地位，二十多条条例都提到这个制度。根据所能见到的资料，我们很难描述宣誓的具体运行方法，但是通过对法典的分析，我们可以确定它的关键作用[59]。清初 siqaɣa（n）可以看作，虽然已经有形迹或证言，被告反对告状所提供的机会。据第 46条，"凡首告案件，不令首者所属大臣立誓，令贼所属大臣立誓"。我们也知道，如日耳曼法，誓言并不是被告人所宣而是他周围里的一些重要人物所宣[60]。

所有《蒙古律书》中的制度也可以在《蒙古律例》看到的，改变占一个很小的部分。然而，《理藩院则例》的诉讼法与此前法典迥然不同，最多和诉讼有关的条例都与制定札萨克或别的在蒙古官员如何讯问嫌疑犯有关。这个现象与札萨克逐渐失去司法权力的控制力是一致的。审理蒙古与命案时，最近同知、通判、通州自行检验，详报部员会审。如只系蒙古命案，他与部员和札萨克会审[61]。可以从《理藩院则例》里的一些条例看出来官员拿到嫌疑犯人的认罪成为司法程序中的一件很重要事情。比如第 683条制定："倘案情不确，录供拟罪与例不符合者，该大臣饬驳另审"。最能总结当时的诉讼法可能是第 714条。其规定何时可以让嫌疑犯人宣誓，这明显表明当时宣誓已经成为最后实行的手段。这一条例也表明朝廷对宣誓的怀疑。因此，对于其内容，若系重要罪名，临时未经破案件，既没有物证又嫌疑犯人坚持不认罪，才可以让他入誓。我们也可以看到宣誓的性质变化：《蒙古律书》里，一般誓言为被告所属大臣宣，而十九世纪初，则为被告自己宣誓。《理藩院则例》的誓言，不管其位置或者其运作方式，已经失去其固有的特点。

总结来说，十九世纪初的蒙古诉讼法已经采纳中华法系诉讼的主要特点。该法规定不管以何种起诉方法，甚至在没有人起诉的情况下，法官还是可以进行审判，用追求真理的方法——司法调查——和它的目的，保持社会秩序。通过阅读奏折，我们也可以更直观地看到司法工作的日常运行，也进一步肯定派到蒙古的官员都用从中原来的司法程序破案[62]。

我们最后要谈到刑罚。刑罚的作用表明公共权力对纠纷的处理态度。不论轻重，若纠纷被看作私人事情，当事人双方可以通过和解手段解决问题。但是，如果公共权力觉得它们是属于公共权力所指定的公安范畴里，犯人会因为人对整个社会的责任问题而受法律的惩罚。清朝前的蒙古法制曾经采纳了一些刑罚，这个变化的原因可以溯源于从前中华法系影响、喇嘛教对蒙古法的影响及蒙古社会内部的变化。清代的蒙古法减缩了法外调解。就《蒙古律书》第 48条而言，"凡事出不许两造私议"。因此，赔偿只能以法律的标准而决定。清代蒙古法综合蒙古传统法并用刑罚与赔偿，但是随着法律的演变，刑法逐渐占了最大的空间。

谈到赔偿时，我们应该先分别狭义赔偿与罚金，其差别在于罚金的接受者，系公共权力抑或被害者。十六世纪和十七世纪的蒙古法典里两者皆有，而且我们也难以分别，因为法典条例不一定指定罚金的接受者[63]。清代蒙古法也不例外。因为只凭罚九的存在，我们也不能确定赔偿的广泛作用。法制史学家一般将赔偿分析成生命的代价或放弃报仇的代价。报仇是一种两面交换，如果触犯了属于另一个群体的人的人造成对这个群体一个债务，将由他自己整个群体负担。若触犯人命，债务是触犯者群体里的任何一个人的生命。报仇很少脱离社会规定的控制，实行报仇权力时必须受制社会所制定的规矩。赔偿是作为中断报仇的一种制度。国家的一个普遍意向即禁止私人报仇和推动司法调解。而且，不是所有的赔偿金额为被害者所收而是国家扣除自己的份额。赔偿就逐渐变成罚金。清初蒙古法典里具有很多条例提到财产惩罚。最多见的是以牲畜计算。十六十七世纪的蒙古法典里，都具备类似制度。《蒙古律书》仔细描述罚九金额分配的规定。据第 59条，"罚罪之九数：马二匹、犍牛二头、乳牛二头、三岁牛二头、二岁牛一头"。另外一种计算单位还有牲畜（蒙：boda）或马匹，马一般用在清初作贵族的惩罚。罚九时，金额以规定分配。不管最后的接受者是谁，札萨克所派使臣都会得到一部分[64]。犯人所属的贝勒"每一九取一"[65]，出首事件者收所罚牲畜的一

半[66]。在其他的条例，所罚的牲畜归于被害者，但是札萨克所派的使臣还是扣自己的份额[67]。当时的罚九具有罚款与赔偿的特点。属于公共权力的份给札萨克的私人财产，还没像法人类似概念。然而，《理藩院则例》里已经没有分配给札萨克所派的使臣罚款的一部分。立法者取消了蒙古贵族收取罚金一部分的特权，以国家罚款替代之。清代蒙古的另外一种制度更接近赔偿的精神的制度是 oro (中文：额)，以人替代人。清朝之前的蒙古法典也有这个制度。在《阿勒坦汗法典》里，有一人丁或骆驼顶替被杀伤人。《卫拉特法典》和《喀尔喀法典》里也有相关制度。《蒙古律书》里，在杀人或故意伤人的情况下，它也作为正常处理方法。若杀人，好像是以人顶替的交换方法，但是我们也不能确定这一点。若杀别旗之人，王、贝勒等杀别旗之人，赔补相等之人[68]。我们也可以注意到，就第 69 条而言，平人杀人者“处斩偿命”(蒙：qaraʔ u k m n bo lbasu qariɣu？ abʔ iju alamu)。《蒙古律书》里也可以找到另一种赔偿制度“脱鲁”(蒙：ʔ l)，即赔偿、支付债务之意。其一般针对于偷窃或危害财产，大牲畜之外，用作惩罚[69]。这类赔偿制度的作用在于强迫被告人赔偿被损失或偷东西的价值但是和前者比较起来，它和流血没有关系。赔偿通常作轻罪的补充惩罚。最后一种财产惩罚是没收。当时，没收一个人的财产相当于贬他做他的台吉的奴隶。在蒙古法律当中，没收通常用作重罪的处理方法。譬如，《卫拉特法典》里，交战中遗弃王公的人处死刑，并剥夺其财产[70]；“亲眼看见敌人大军不报告的人，剥夺其财产”[71]。《桦皮法典》里也有类似条例[72]。据萧大亨的报告，和王之妻通奸者的财产也被没收。清初，《蒙古律书》所用没收惩罚的刑名也类似[73]。在第 8、14条，没收可以看作一种赔偿方法；被害者所失去被犯人赔偿。因此，逃走之人骑别人之马及带别人之妻而逃者，没收其妻、子女、财畜赔补[74]。然而，从十八世纪开始，没收失去它的赔偿作用。它成为重要罪名，即强劫的加重惩罚手段[75]。

肉刑 (也包括自由刑) 的种类在《蒙古律例》比较少。除了死刑之外，只有鞭打。肉刑在中华法系里，尽管它的作用引起了很多争论，它还是占一个很重要的位置。清代也不例外，清皇帝继承了前代的教训而推行传统法律思想，即“帝王以德化民，以刑弼教”、“慎刑慎杀”原则[76]。清代也实行传统五刑制度，但是也实行在其之外的一些刑罚，如凌迟、枭首、充军、枷号、刺字等等。从十七世纪末开始，这些肉刑逐渐融入蒙古法。传统蒙古法里肉刑，尤其是死刑，用的比较少。在《阿勒坦汗法典》里，死刑只针对奴仆；《卫拉特法典》和《桦皮法典》里，死刑一般用处理叛逆、侵犯王或喇嘛。但是《桦皮法典》里死刑的作用扩展到强劫[77]；《喀尔喀法典》也表现了这个趋向。入关前，满族统治者对背叛其王朝的蒙古王贝勒也实行死刑，但是所派的使臣判决的死刑通常被大汗免除[78]。关于蒙古法里死刑的扩展，第一个重要事件是顺治十五年关于制定对哪些刑名实行死刑的谕令[79]。此谕令共提出了十二项会被判处死刑的刑名，其中八项是以处斩的方式，另外四项是以绞刑的方式。

死刑在蒙古法里的发展中，新的刑罚也同时逐渐被实行；新的刑罚思想主要在于实行刑的加减制度。从唐朝以来，犯罪人应该根据情节的轻重、当事人的血缘关系、社会地位以二十等刑罚加减被判处。在《蒙古律例》，我们可以看到朝廷如何企图以罪犯情节为标准判断犯罪行为，尤其是偷窃行为：

> 上谕：蒙古野地，并无房屋院落，而蒙古等俱赖四项牲畜养生，故偷牲畜之贼其罪视内地窃贼所定较重。但今蒙古例内偷畜寡少之贼拟以绞监候过数年仍减等放出，定例并无分轻重。此辈皆索习为贼之人，减等放出，仍令住蒙古野地，仍偷牲畜，於有业蒙古全无裨益。嗣后此等贼匪内若偷畜较多情节可恶者，当时即入情实，倘偷畜寡少情有可原者，不若即视其偷畜多少以为远近，分别发遣内地。庶蒙古野地可以清肃，行窃之人亦知儆畏。[80]。

我们还可以提到一些在《理藩院则例》里的制度蒙古法本来没有的制度以补充证明中华法系对蒙古法的影响，如“留养”、“遇赦”、“亲属相盗”等等。总的来说，我们可

以发现，清代蒙古法稳定了以后，即《理藩院则例》纂编了以后，表明统治者既想保留蒙古传统法，又不得不引入中华法系的复杂心态。我们已经描述了刑罚方面已经超过了赔偿方面。《理藩院则例》里，oro基本上消失了也能充分证明这一点[81]。然而，《理藩院则例》也保留了一些赔偿性条，例如 1839年所颁布的谕旨[82]或卷 55的一些条例。但这已经不是像 Oro那么直接的赔偿方法，而是通过罚九；我们已经分析罚九也有罚金的含义。二则，虽然蒙古法大量吸收了肉刑的内容，但是也保留一些推缓其实行的条例。清晚期的蒙古法可以说是综合了朝廷要保持蒙古法性质的精神和在司法实践中不可避免的中华法系影响。

三、清代对蒙古的刑法政策和传统蒙古法的自理空间

我们不能只从清代对蒙古颁布的法典指定清代法制执行法律多元政策。我们已经提出当时的蒙古王、贝勒等等不参加创造法律的程序；清代蒙古法的纂编与改变在于中央政府和汉满大臣的手里导致了蒙古法的汉化过程。我们觉得最妥当的说法应是：清代法制不是法律多元（legal pluralism）而是法源多种（legal plurality)。法源多种在整个清代法是一种常见的现象。地域特性首先为特别的规定即“省例”所承认。据苏亦工言，“省例是清朝各省政府于本省范围内执行政务的公文汇编……省例的设置，其主要的目的是因地制宜，结合各地方的不同情况，作出便于执行的规定”[83]。省例的存在在于中央政府按地方特征补充国家法制意志。但是这些条例并不围绕司法重要事情如刑名的制定等等，而是主要关系到行政性规定，如审判人员如何执行法律、狱政等等。虽然它们不像蒙古法那么发达，但是它们也表明了当时朝廷对因地制宜政策的看重。另外，《大清律例》里也包含很多因地制宜措施。清朝法典里没有很多抽象性条例而更多的倾向于详细化的条例，这引起了条例数量的不断增长，其中很多是针对地方或特定的人群。譬如“苗例”[84]或者针对蒙古、回的条例。纳入在自己的法制里与边缘民族有关的条例时，朝廷只发展了中华法系的法源多种传统。

在制定对边疆民族的政策时，皇帝多用因地制宜传统思想，如康熙所云：“遐陬之众，不可尽以文法绳之。国家之待外藩，立制分条，期其宽简，以靖边徼”[85]。制定对满汉以外三大民族专用法律，如《西宁青海番夷成例》、《回疆则例》，一直是朝廷很关注的一个问题。清代刑法政策对全版图表现得一致，主要目的在保持边疆的稳定。满族统治者想完全控制边疆民族而不建设边防：“本朝不设边防，以蒙古部落为屏藩耳”[86]。这样政策的前提在于加强对边缘民族的社会和法律控制，提供社会稳定与保持治安秩序。清朝刑法政策的第一个原则是“柔远”。我们也可以确定它的具体实行：如“若因微细罪名咨送内地刺字，徒劳往返，有失柔远之道，是以应鞭责人犯均免其刺字”[87]。朝廷认为给边疆民族制定法律也是国家稳定的一个很重要的前提，“故于各处添设札萨克，以便稽察。且念尔等素无法纪，故颁示定例，令各遵行”[88]。但是，施诸于蒙古的国家法意志影响与对民族法律特色的承认并不矛盾，故云：“国家控驭藩服，仁尽义至。爰按蒙古风俗，酌定律例”[89]。回族也享受了同类的政策。盖“办理回疆众事务，宜因其性情风俗而利导之，非尽可以内地之法治也”[90]；藏族亦然：“国典其止于戕杀及偷盗等案。该蒙古、番子向系罚服完结，相安已久，一旦绳以内地法律，恐愚昧野番群滋疑惧，转非抚戢边夷之忌，可否俯顺夷情，仍照旧例”[91]。这一段文字，虽然只是在说青海，但是也可以归结于清朝对边缘民族的刑法政策及其限制。朝廷觉得蒙藏法的中心制度就是赔偿，而实行刑罚可能会背道而驰，导致社会混乱。我们在这里也可以看到对边缘民族的成见：他们无法被教化和受到很好的社会环境的熏陶。然而这一段文字给我们提供最重要的信息是，国家实行本地习惯法不涉及“戕杀及偷盗等案”。在这里所提到的国典就是专门给蒙藏颁布的法典。我们能看到，朝廷认为该法典会破坏社会秩序的刑名推行，尽管通过专门给边缘民族编纂的法典用刑罚治理。在蒙古地区，朝廷认为最能威胁到社会秩序是偷盗和强盗行为，而对这些罪行唯一的有效政策就是用

刑罚镇压。“边外无城郭墙垣，故不肖之人易于偷盗。比年以来此风日炽，马牛牲畜多被攘窃。边外蒙古俱赖畜牧为业，其家有牲畜可以资生之人，恐被偷盗，各将牲畜圈縶，不行放牧，必致瘦毙。如此，则虽可以资生之人，亦必致穷蹙，而贫富同归于困苦矣。尔等宜不时晓谕所属之人，严 加禁止，使盗贼永息”[92]。

我们可以通过整个清朝的法律和行政实践的分析看到，在发生强盗案件时，民族传统法作用的限制。盗窃罪名，尤其是盗窃牲畜，占在清朝蒙古法里一个很重要的位置。这些刑名也是整个清朝蒙古法里变化最大的。相反，《理藩院则例》第 55卷里的刑名，因为不直接关系到社会稳定保持了原貌。十八世纪的一些资料，见《满文土尔扈特档案译编》，也表明制定针对偷窃的刑罚属于一个主要任务。1770年，土尔扈特归回他们以前所游牧的牧场上时，朝廷为他们制定了专门的法规。伊犁将军的伊勒图与中央政府之间的通信证明治理偷窃行为对朝廷的重要性。比如乾隆的谕旨："我等若不严办盗贼之事，伊等不知畏惧，定然胡思乱想，肆意盗窃，掠夺而行，日久之后，如何收容管教伊等耶”[93]。过了几个月，一些针对土尔扈特的规定被发布了。这些规定仍然与偷窃有关的。据奏折的内容，一些土尔扈特人纠合数人，乘夜抢掠什物。根据参赞大臣的命令，土尔扈特汗渥巴锡宣布了六条法纪，都与防盗有关。《蒙古律例》逐渐在土尔扈特推行了[94]。

清朝蒙古法值得研究的另外一个问题，法典的语言，也提供给我们蒙古法演变的一些解释。法律作为一种指定权力和任务的言论，必须依赖表达撰写该法的语言。语言也带着其所处社会的一些特性。因此，用几个不同的语言描述同一个法律事实导致完全用新的语言重新誊写用原语言所表达的法律内容。在解释法律时，这个问题更为尖锐。另外一个问题是，法律制度在翻译的过程中常常会受到翻译成的语言所处制度的影响。这样的现象尤其出现在翻译者太接近原语言时。这样，法律受到语言的影响，纳入太多另外一个语言的概念，而逐渐失去自己的特点。这些现象已经被现代的法律语言学者，尤其是双语国家（如加拿大）研究过[95]。清朝时，蒙古法拥有三种语言，即蒙、满、汉语，其次序随着蒙古法的变化有所改变。清初我们所能看到的法规都是由蒙文写的。据盛京刑部侍郎兆惠奏：

> 查科尔沁蒙古人等，前抵奉天，遇有命盗案件，向由将军审明报部，经乾隆三年奉天将军博第奏准、移咨盛京刑部，即照蒙古条例定拟缮摺具奏。但臣部所有蒙古条例，皆系蒙古字样，并未繙清。臣部虽有蒙古司员，不识蒙古文字，恐是非莫辨，关系匪轻。请令理藩院将蒙古条例繙清，以裨引用。得旨，如所请行，下部知之[96]。

1742年只有蒙文的版本。然而，在条例纂编的过程中汉文和满文都是常用的语言。蒙古王、贝勒奏给理藩院的奏折通常用蒙文写的[97]，但是转到刑部时，翻译成满文和中文。然后，《蒙古律例》里的很多条例来自都统或将军的奏折，而他们一般不用蒙文写。在这些奏折变成条例的过程中，有一部分纳入了《大清律例》，而刑部和《大清律例》的工作语言就是汉文。我们现在能看到最旧的《蒙古律例》汉文版本是 1766年的，但是早已有这些条例比较官方的、系统的的汉文翻译，就是《大清会典》理藩院卷。虽然这部国典不属于纯粹的法律规定，但是他们也是国家所颁布的。我们通过这些早年资料的阅读可以看到当时的编纂者比较倾向于蒙文。比如，指牧场时，用的词就是苏鲁克，即蒙文 s r g的音译；同样指 oɪo或 albat用“额”字和“阿勒巴图”的音译。清初，满洲贵族将蒙文看作一个比他们自己的语言更有文化的语言。但是从入关之后开始，对贵族阶级的一部分、尤其是在中央政府任大职位者而言，蒙文逐渐丧失了其重要性。乾隆皇帝的一个谕旨也证明这一点[98]。

汉文变成编纂蒙古法的重要语言是从《理藩院则例》的编纂开始的。1816年“理藩院谨奏为则例汉本告成”[99]，1817才再翻译成满文和蒙文。汉文变成编纂蒙古法的编纂语言影响了《理藩院则例》的内容。根据一些例子可以看出翻译工作导致了内容的变化，至少，这些例子能够证明翻译者直译了汉文版而

改变了蒙古法的传统表达方式。这一点也证明中华法系对蒙古法的影响，其对《蒙古律例》翻译也确实就是乾隆皇帝所说的，“虚文实字，敷衍成篇，遂致不相吻合”。我们可以先观察一下《理藩院则例》所标出的九条“旧例”，即没有被修改而直接纂入《理藩院则例》的《蒙古律例》条例。其中有两条与康熙三十五年《蒙古律书》内容一致，并未改变。《理藩院则例》第604条与《蒙古律书》第101条的蒙文版本几乎一致。但是另外一个条两个蒙文版虽然内容没变但是语言不同[100]：《理藩院则例》蒙文是汉文版的直译。比如“yala”即罪行变成“kereg”是因为翻译了“事件”，“qaɣas”即“一半”，变成蒙文法典里少见的“nigen dumdaɣur”即汉文“一半”一词的直译。我们可以从很多例子看出《理藩院则例》的蒙文版是《理藩院则例》汉文版的直译而并不符合蒙古法的传统语言习惯[101]。通过这些例子，我们可以看到《理藩院则例》蒙文版用的语言已经不是传统蒙文法律而是汉文直译的风格。

谈到清朝蒙古法律多元问题时，我们还应该考虑到专门给蒙古地区颁布的法典之外的一些别的法源。在一个国家法制里几种法源同时并存的情况下，这几种法源之间出现冲突的可能性比较大。为了避免此类冲突应该先指定各个法源的有效范围。一般有两种标准指定范围的限制：地方或法律客体。我们先后要关注两部法典：《喀尔喀法典》即具有地方性效力范围，《阿拉善法典》即具有地方及实体法效力范围。

《喀尔喀法典》是1709年至1770年制定的18部法规的集成，即在喀尔喀蒙古已经被清朝统治时。因此，按理上《蒙古律书》对这片土地必定有效力。然而，《喀尔喀法典》里规定的很多刑名，《蒙古律书》已经有所涉及而惩罚常常有所不同。这个事实引起几种解释喀尔喀法律形态的说法[102]。同时，这两部法典的并列存在也会产生两者之间的有效范围和彼此的冲突。达力扎布教授列出一些确凿的证据表明1770年之前，《蒙古律书》与《蒙古律例》接连在喀尔喀蒙古被实行[103]。因此，我们还要考察《喀尔喀法典》的具体有效范围。通常的说法表明《喀尔喀法典》主要法律效应在于哲布尊丹巴呼图克图（即喀尔喀蒙古最高宗教领袖）所属于的地方[104]。除此之外，我们应该关注对整个喀尔喀蒙古地方《喀尔喀法典》的有效性。《喀尔喀法典》的一些条例可以被看作中央所颁布的法典的地方适应性条例。据达力扎布研究，一些条例可以看作对《蒙古律例》的变通措施[105]。比如，1746年喀尔喀王等共同商议对盗贼的处罚规定“凡公开偷盗之主犯依皇上旧例（《蒙古律书》）处死，从犯除依雍正六年规定处罚外，罚畜不足则罚没其妻子，单身人以其身作抵，仍不足数再依皇上法规（《蒙古律书》）鞭打抵罪”[106]，显然是《蒙古律例》的变通规定。十八世纪初，《蒙古律书》及其后的《蒙古律例》虽然一直有法律效力，但是喀尔喀王等具有制定变通法规的权力。然而，“据档案记载，乾隆四十九年汗阿林盟（土谢图汗部）左翼右末旗扎萨克乌尔津扎布判“敖恩孛胡案件”时仍依此变通规定判案，未上报盟长，并役使所罚没的从犯之女。乾隆五十六年事发，被削爵[107]。

《喀尔喀法典》是当时最接近我们所指的法律多元定义的法源。由喀尔喀王等直接制定，它表明皇帝对非国家颁布的法规的容忍。然而，随着清朝对全蒙古统治的加强，尤其是卫拉特政治力量的消亡，《蒙古律例》对喀尔喀蒙古的效力逐渐提高了。岛田正郎在1755年编纂的《刑科史书》里摘选与蒙古有关的刑案件中，全部刑部处理的案件都是在内札萨克发生里的，没有与喀尔喀蒙古有关者[108]。同时，达力扎布发现，在喀尔喀副将军档案中，有记载证明在乾隆初年喀尔喀的重要案件由理藩院审理[109]。通过这些资料，我们可以推测乾隆之前清朝法典对喀尔喀蒙古的效力有限。随着将军与都统的建设，《蒙古律例》逐渐完全替代了《喀尔喀法典》，而后者的效力只限于于哲布尊丹巴呼图克图所属于的地方。

另外一个能符合法律多元定义的法源是《阿拉善法典》[110]。《阿拉善法典》是阿拉善和硕特蒙古第四任札萨克于1821年作为定例立档留存的蒙古档案，其中有单行法规21件、札萨克谕令和批复令44件，刑案件判例95

件，共 160件[111]。《阿拉善法典》的第一部分即札萨克王的谕令可以是只针对一个人的决定[112]，其他的是概括性条例。一些条例互相矛盾，没有明显秩序，他们都是变通规定，以应付特别情况的需求。主要内容有：调理蒙汉之间的关系，比如一些条例禁止汉族商人出城行商[113]、禁止蒙古人戴汉人所戴的毡帽和草帽[114]；控制喇嘛的活动，比如禁止喇嘛饮酒[115]、禁止妇女儿童来往寺庙[116] (理藩院则例里也有相关规定)；自然环境的保护，如禁止引水灌田[117]；税和劳役的制定，札萨克保留了一些财政权限，例如对盐运收税规定[118]。

我们可以从一些内容看出《阿拉善法典》围绕的领域与清朝法典所关心的问题不尽一致。清朝所制定的对蒙古的刑法政策划了一个国家法典的专属权限。这一领域作为建设帝国对蒙古公共秩序的基础，以镇压偷盗牲畜为中心。蒙古王等的自治权只能涉及朝廷所觉得的次要问题。除了《阿拉善法典》之外，我们现在在蒙古其他地区尚未看到相似的法规编辑，而阿拉善地区的情况与蒙古其他地方应该并无二致。我们可以比较合理的假设朝廷容忍札萨克颁布与国家法典不冲突的一些规定。这样的态度也可以被看作法律多元的一个有节制的现象。

之后，我们要提到国家颁布的条例在蒙古地方的实施。多元法也可以体现在当地法官实施法律当时歪曲条例的本意。清朝实行对蒙古逐级审转复核制度意义就在于避免这类现象的出现。我们能看到札萨克所判决的案例的记载相当少。我们在这里要用的是《阿拉善法典》里记载的刑案判例与已经分散公开的一些资料。

《阿拉善法典》的 95刑案件里，有的先被属下官员审理后被札萨克批准，有的直接被札萨克处审理，也有时由 čuɣlaɣan (即旗内官员集会议事之意) 审判。这些决定与札萨克所下的谕令都具有同样的法律有效。有两种情况：对《蒙古律例》所不涉及的内容，札萨克用蒙古传统法的方法处理案件；《蒙古律例》里有所依据时，札萨克就其而断。在第二种情况时，虽然形式上实行国家法，但是实际上札萨克超过一般的解释法工作而提供了别致的处理方法，与《蒙古律例》的精神有所不同。换一个说法，我们可以说札萨克通过自己司法习惯的过滤解释国家法。然而札萨克的解释能力仅限于实行流刑。最通常的是面对被罚牲畜没法交的人的处理方法。虽然《蒙古律例》有所规定，即“罚罪牲畜不足者责打”[119]，然而札萨克通常用变通方法。比如《阿拉善法典》第 42条，偷了两口小骆驼的扎木苏应该就札萨克所引用的《理藩院则例》条例鞭一百[120]。除了责打以外，扎木苏因为无力赔偿牲畜交付给章京管教使用二十年[121]。国家法既不要求赔偿又不设定类似的刑罚。通过《阿拉善法典》的阅读，我们可以感觉到，赔偿牲畜是札萨克通常会考虑到的问题而《蒙古律例》会有相关条例。交付给章京管教使用也是国家所不见的惩罚而阿拉善札萨克常用的，尤其是面对再犯情况[122]。实行枷号惩罚时，蒙古法官也违反了很多次国家法。据《大清律例》第一条，重枷号不能超过三十五斤，而《阿拉善法典》第 41条里主犯被判带六十斤木枷。札萨克在分配所收罚金的时候，也用了一些不完全符合《蒙古律例》里内容。札萨克的主要目的在于赔偿受害者和犒劳他所派的处理案件官员。比如，偷东西的一位喇嘛的财产被没收赔偿原告，但是因为不足，从其父亲索取什物交还原告[123]。在第 37案件，应罚一九因窝藏走失牲畜的犯人交给本台吉管教使役十年；台吉应出钱交官员因派差花的费用[124]。据第 75案件，射杀其奴仆的官员，按照《蒙古律例》应罚三九，给奴仆之妻子，然而札萨克将罚金分配给其旗之官员[125]。

在特别的情况下，札萨克也作出摆脱实行法律的决定。比如，应鞭五十的犯奸蒙古妇女因怀孕而被免除[126]。另外，娶取已经给别人之女的台吉按照《蒙古律例》第 32条应罚五九，所许之女还给原人。先审理之官，以法罚五九革除台吉级品，但是札萨克反驳而如此断定：不革除台吉罚十九牲畜一半给受害者、一半归于印务处[127]。《阿拉善法典》最公开违反国家法典的是第 55条。据札萨克的谕令，他去北京谒见之时，掌管札萨克印的协理台吉不办政务却饮酒生事。

理应上报大衙门革除其协理职务和三

等台吉品级，以另人充当协理，将三等台吉由其弟继承。但今由格根、喇嘛担差人求请，又加大诺颜屡次说：管事台吉滋生如此大事，为了警告后人，应依法重处，或者责打若干，或者按蒙古例重惩，望在内部处理；如果交大衙门，让上边听说的话，就要关乎我旗声望和面子。据此，本王不报大衙门，不革除其协理和三等台吉。但也不能无视法纪，因此，著罚五九牲畜。(128)

这些审判都表明札萨克掌握变通蒙古例的能力甚至他的行为有时背着国家法。我们从第55条可以揭示札萨克变通能力的限制。只要所判的惩罚不属于必须上报的，札萨克就可以变通国家法。同时札萨克也应该考虑到驻蒙古大臣监督与平民上诉危险的可能性。确实模棱两可的解释法律与违法判断之间的道路很狭窄。《阿拉善法典》里的一些判断明显是违法的，但是同时却对阿拉善旗的官员具有法律效应。这些判断的法律有效是由于中央政府的监督有些漏洞而没有及时补救。因此法律效力是短期的。我们可以从另外一件资料证明这一点。我们可以从包登（Charles R. Bawden）介绍的一些清代蒙文人命案件（在卓索图盟里发生的）观察从札萨克处至皇上的逐级审转复核制度的具体运行、作用和效率的限制(129)。查核案件时，理藩院反驳了下级所判的结果而命令驻蒙古大臣重新审理案件。此时，大臣发现了七年前，札萨克在审理盗贼案件时违法了国典。其实，理藩院所反驳的判断方法与《阿拉善法典》里常见的案件貌似。如此，理藩院觉得枷号一年与管教使用是违法的措施，而这些惩罚在《阿拉善法典》屡见不鲜。因此，如果当时理藩院查核《阿拉善法典》里的很多案例，它会反驳，反而，《阿拉善法典》的存在也证明当时中央机关对小案件审理的考虑不周。另外一个案件也给我们提供旁证(130)。据多罗西娅霍尹舍尔特（Dorothea Heuschert）对案件的介绍，1781年，在喀尔喀蒙古对一块土地的使用权发生了台吉与僧侣之间的冲突。台吉向札萨克处状告僧侣占领自己的土地，札萨克派使臣裁判。因为有人帮僧侣发誓所告的是假话，僧侣被豁免。僧侣就习惯给发誓者一匹马，但是台吉也要求他也给使臣一匹马，僧侣不愿意。台吉称乌里雅苏台地区有习惯——有人帮被告者发誓时交给使臣的乌拉应该有被告者付。札萨克派人咨询是否有这么一个习惯之后，以《蒙古律例》第36条罚了僧侣一九；据《蒙古律例》应罚三九，但是札萨克觉得过于严格而只罚一九。僧侣还想喊冤向盟长上诉，我们对后来的决定结果一无所知。我们也可以看到札萨克审判案件的时候会引用习惯法和使用违背国家法典方法。

---

* 此文系教育部人文社会科学重点研究基地项目05JJD770104阶段成果之一。

①Norbert Rouland, Anthropologie juridique, Paris, PUF, 1988, 74-98页，介绍多元论主要学者。他们都除了各个理论之间的歧义外，强调法律在国家外的存在。

②Dorothea Heuschert, "Legal Pluralism in the Qing Empire: Manchu Legislation for the Mongols", The International History review, XX. 2, (june 1998), 311-324页，研究清代时蒙古法的演变也提到法律多元论的问题。

③James A. Millward, Beyond the Pass. Economy, Ethnicity and Empire in Qing Central Asia. 1759-1864, California, Stanford University Press, 1998, pp. 197-203, 解释清朝和五大民族发展的亲密关系。

④John Griffiths, "What is Legal Pluralism", Journal of Legal Pluralism, 24, 1986, 第1-55页。

⑤Jean Carbonnier, Sociologie juridique, 第360-361页。

⑥83苏亦工：《明清律典与条例》，北京，中国政法大学出版社，2000, 第167页，第74页。

⑦郑秦：《中国法制史》，中国政法大学出版社，北京，1999, 第93页。

⑧《清圣祖实录》，康熙二十年正月辛巳。

⑨《清圣祖实录》，康熙二十一年六月己酉。

⑩《清圣祖实录》，康熙十八年九月丙午。

11《尚书》。《清史稿·刑法志》也引用了这两句话。

12《清高宗实录》，乾隆二年七月壬寅。

13《清高宗实录》，乾隆十二年四月丁卯。

14 Françoise Aubin, "Some Characteristics of Penal Legislation among the Mongols (13th-21st Centuries)", Central Asian Law: An Historical Overview: a Festschrift for the ninetieth birthday of Herbert Franke, Wallace

Johnson, Irina A. Popova (ed.), Society for Asian Legal History, Kansas, The University of Kansas, 2004, 124页

15 16 17 Françoise Aubin, "Les sanctions et les peines chez les Mongols", La Peine, (Recueils de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, LVIII (1991)), Bruxelles, De Boek Université, 第 251-253页。

18 63 (104) Françoise Aubin, Les sanctions et les peines, 第 260页, 第 242-293页, 第 143页。

19 萧大亨: 《北虏风俗》, 听讼。

20 见 Michael Weiers, "Mandschu-Mongolische Strafgesetze aus dem Jahre 1631 und deren Stellung in der Gesetzgebund der Mongolen", Zentralasiatische Studien 13 (1979), 第 137-190页; Weiers Michael, "Der Mandschu-Khorstin Bund von 1626", Documenta Barbarorum, Festschift für Walther Heissig zum 70. Geburstag, Societas Uralo-Altaica 18, Wiesbaden 1983, 第 412-435页; Michael Weiers, "Die Mandschu-Mongolischen Strafgesetze vom 16. November 1632", Zentralasiatische Studien 19 (1986), 第 88-126页。

21 《清史稿》, 142卷, 刑法: "清太祖嗣服之初, 始定国政, 禁悖乱, 戢盗贼, 法制以立。太宗继武, 于天聪七年, 遣国舅阿什达尔汉等往外籓蒙古诸国宣布钦定法令, 时所谓'盛京定例'是也"。

22 《清圣祖实录》, 康熙六年九月癸卯: "理藩院题, 崇德八年颁给蒙古律书与顺治十四年定例增减不一, 应行文外藩王、贝勒等将从前所颁律书撤回, 增入见在增减条例颁发"。

23 达力扎布: 《〈蒙古律例〉及其与〈理藩院则例〉的关系》, 《清史研究》, 2003-4, 1-10页。

24 Dorothea Heuschert, Die Gesetzgebung der Qing für die Mongolen in 17. Jahrhunder, Wiesbaden, Harrossowitz, 1998, 第 79页。

25 见《清圣祖实录》, 康熙六年九月癸卯。

26 关于 1667与 1695年两个版本 \之间的比较, 见达力扎布《〈蒙古律例〉及其与〈理藩院则例〉的关系》, 《清史研究》, 2003-4, 1-10页。

27 刘文杰: 《历史文书用语辞典》, 成都, 四川出版社, 1988, 第 39页。

28 《清圣祖实录》, 康熙二十年十月丙午。

29 《清高宗实录》, 乾隆六年十二月丙午。

30 《清高宗实录》, 乾隆五十六年十一月乙亥。这条例入了嘉庆年间《蒙古律例》。

31 嘉庆十九年五月十五日具奏。

32 苏鲁格: 《阿勒坦汗法典》, 《蒙古学信息》, 1996-1/1996-2, 第 29页。

33 同上, 第 31页。

34 李保文: 《理藩院律書》, 《故宫学刊》, 2004-1, 第 261页。

35 田山茂: 《清代蒙古社会制度》潘世宪译, 商务印书馆, 1987, 第 245页。

36 苏鲁格, 同上, 第 31页。

37 39 40 沈之奇: 《大清律輯註》, 卷 19, 卷 18, 卷 10。

38 Alexei Nasilov, "The Eighteen Steppe Laws, A source for the study of Medieval Mongolian Law", Central Asian Law: An Historical Overview: a Festschrift for the ninetieth birthday of Herbert Franke, Wallace Johnson, Irina A. Popova ed., Society for Asian Legal History, Kansas, The University of Kansas, 2004, 65-75页。

41 见 1766年《蒙古律例》第 78、79和 80条。

42 《蒙古律例》, 第 85条。

43 主要原因在于《理藩院则例》第 673条规定: "凡办理蒙古案件, 如蒙古例所未备者, 准照刑例办理"。

44 在蒙古法典里累犯只出现在比较晚的噶尔丹第一号法令: "盗人应被监禁。两次重犯盗窃罪都被处罚后, 第三次再犯同样罪时, 其妻子、财产都一律没收, 判为奴"。(日) 田山茂《清代蒙古社会制度》, 潘世宪译, 商务印书馆, 1987, 第 250页。

45 高绍先: 《中国刑法史精要》, 法律出版社, 2001, 第 456页。

46 76 张晋藩: 《清朝法制史》, 中华书局, 北京, 1998, 第 635页, 第 355页。

47 《蒙古律书》第 2条。

48 《大清会典》理藩院, 理刑司。

49 50 51 《理藩部则例》卷四十三, 《蒙古律例》卷十二。

52 郭建、姚荣涛: 《中国法制史》, 上海人民出版社, 2000年, 第 475页。

53 54 58 《卫拉特法典》, 第 31条, 第 48条, 第 32条。

55 《桦皮法典》, 六旗法典, 第 76条。

56 《蒙古律书》, 第 53, 57, 66, 78, 83, 109条。

57 同上, 第 25, 29条。

59 关于蒙古传统法与实践里宣誓的痕迹, 可以参考 Henry Serruys, "A Note on Arrows and Oaths among the Mongols", Journal of the American Oriental Society 78 (1958), 第 279-294页; Dorothea Heuschert, "Die Entscheidung über schwierige Rechtfälle bei den Mongolen des 16.-19. Jahrhunderts Zum Beweismittel des siqaɣa(n)", Zentralasiatische Studien (1996), 第 49-83页。

60 见《蒙古律书》, 第 28, 33, 69, 81条。

61 《理藩院则例》, 第 676条。

62 比较典型的见光绪七年三月二十八日。

63 (104) Françoise Aubin, Les sanctions, 第 242-293页,

第 143页。

64 65 66 《蒙古律书》, 第 17条, 第 36条, 第 35条。

67 (130) Dorothea Heuschert, "Die Entscheidung ber schierige Rechtf¼lle bei den Mongolen des 16. - 19. Jahrhunderts. Zum Beweismittel des siqaɣa (n).", Zentralasiatische Studien (1996), pp. 58- 63.

68 《蒙古律书》, 第 70条。

69 同上, 26、27、39、50、112条。

70 71 《卫拉特法典》, 第 8条, 第 9条。

72 猴年法, 第七条。

73 比如, 第 10、77条。

74 《蒙古律书》, 第 8条。

75 《蒙古律例》第 20、69、71、77、84条。

77 公木虎年赛汗庙法典, 第 7条。

78 島田正郎: 《清朝蒙古例の實效性の研究》, 東京: 創文社, 1992。

79 《清世祖实录》, 顺治十五年九月癸卯。

80 《蒙古律例》, 第 85条。

81 《理藩院则例》第 788条唯一提到 oro。

82 94 97 《理藩院则例》第 600条, 第 631条, 第 768条。

84 关于苗例参与 James Lee, "Law and Ethnicity in Late Imperial Southwest China: A Code, A Case, And their Connotations", 民族学通报 (林超民编), 昆明, 云南大学出版社, 2001, 第 198- 218页。

85 《康熙会典》, 卷 144。

86 《清圣祖实录》, 康熙五十六年十一月丙子。

87 祝庆祺 《刑案汇览》三编, 北京, 北京古籍出版社, 2004, 第 622页。

88 《清圣祖实录》, 康熙三十年五月戊子。

89 《乾隆会典则例》, 卷 144。

90 《清高宗实录》, 乾隆二十六年十一月丁未。

91 《番例》, 见徐晓光: 《中国少数民族法制史》, 贵阳, 贵州民族出版社, 267页。

92 《清圣祖实录》, 康熙三十年五月壬辰。

93 《满文土尔扈特档案译编》, 北京, 1986, 第 186页。

95 G MAR J- C., Traduire ou l'art d'interpr ter. Langue, droit et soci t : l ments de jurilinguistique. Tome 2: applications. Sainte- Foy: Presse de l'Universit du Qu bec, 1995。

96 《清高宗实录》, 乾隆七年, 五月, 甲申。

98 《清高宗实录》, 乾隆 44年, 8月, 甲寅。

99 嘉庆二十年十二月初七。

(100) 《蒙古律书》康熙三十五年第 35条: "Aliba yala-a- yi kereč ilebes, abuɣsan yal- a- ač a kereč iqaɣas- i inu abumu"; 《理藩院则例》第 667条: "Aliban gereč ilegsen kereg- d r abuɣsan yaɣuman- u gere? ilegsen k m n- d r nigen dom daɣur olɣaɣuluɣtun"。

(101) 比如, 《蒙古律例》第 24条与《理藩院则例》第 646条; 《蒙古律书》里的 albatu阿勒巴图, 《蒙古律例》翻译成属下人, 后者在《理藩院则例》常用而蒙文版直译成 qariyatu k m n。《蒙古律书》常见的 eǰen, 《蒙古律例》翻译成事主, 又直译成 kereg toqiyalduɣsan k m n; yis n boda ab即蒙文里对罚九的传统说法, 因为编纂者的直译工作变成在《理藩院则例》yis n mal torɣu, torɣu即罚的蒙文替代了 ab即蒙文的拿。

(102) (103) (105) (106) (107) (109) 参照达力扎布: 《〈喀尔喀法规〉制定的原因及实施范围初探》, 《中央民族大学学报》, 32, 2005年, 第 84- 91页。

(108) 島田正郎: 《清朝蒙古例の實效性の研究》, 東京: 創文社, 1992, 第 235- 323页。

(110) 我们现在唯一能看到的《阿拉善法典》只有 1957年由全国人民代表大会民族委员会整理和翻译成汉文的版本, 现藏于北京国家图书馆。下文中引用的《阿拉善法典》条例, 都依照此版本的次序。

(111) 奇格: 《古代蒙古法制史》, 辽宁民族出版社, 1999年, 第 195页。

(112) 例如《阿拉善法典》, 单行法规, 第 40条。允许莫一个人放牧。

(113) (114) (115) (116) (117) (118) 《阿拉善法典》, 单行法规, 第 5条, 第 27条, 第 42条, 第 28条, 第 13条, 第 39条。

(119) 《蒙古律例》, 第 173条。

(120) 《理藩院则例》, 第 627条。

(121) (123) (124) (125) (126) (127) 《阿拉善法典》, 民刑案件判例, 第 42条, 第 41条, 第 37条, 第 75条, 第 78条, 第 58条, 第 55条。

(129) Charles R. Bawden, "A Case of Murder in the Eighteenth century Mongolia", Bulletin of the school of School of Oriental and African Studies 32, 3 (1969), 第 71- 90页 与 Charles R. Bawden, "The investigation of a Case of Attempted Murder in Eighteenth- Century Mongolia", Bulletin of the school of Oriental and African Studies 32, 3 (1969), 第 571- 592页。